

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1643466> since 2017-06-28T11:22:17Z

Publisher:

Giappichelli Editore

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

PRINCIPI GENERALI E STRATEGIE NEOSISTEMATICHE NEL DIBATTITO SULL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

di Raffaele Caterina

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. La crisi della fattispecie e il dibattito sulle clausole generali. – 3. La partizione dei contratti asimmetrici. – 4. Le clausole generali e il ruolo dell'interprete. – 5. Spunti minimi sul divieto di abuso di dipendenza economica.

1. I problemi

Negli ultimi venti anni, la teoria generale del contratto ha dovuto fare i conti con tre fenomeni vistosi.

Il primo è naturalmente il diritto dei consumatori, che ha sottratto alla disciplina generale del contratto una fetta importantissima del suo ambito di applicazione.

Il secondo è costituito da una eterogenea serie di interventi nel campo dei contratti di impresa, tutti comunque volti alla difesa di un imprenditore "debole" attraverso più o meno significativi limiti posti all'autonomia delle parti. Il riferimento è alle norme sulla subfornitura, sull'affiliazione commerciale, sui ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali, sulla cessione di prodotti agricoli ed alimentari.

Il terzo è un inedito attivismo giudiziale, che ha dimostrato una crescente convinzione da parte dei giudici della propria legittimazione ad operare interventi di ortopedia del regolamento contrattuale, al di fuori di qualunque specifica previsione da parte del legislatore.

L'idea di un diritto comune dei contratti, capace di sopravvivere sostanzialmente immutato nonostante il moltiplicarsi degli interventi settoriali, ne è uscita ridimensionata. Insieme ad essa, sembra essere tramontata una visione tradizionale, che enfatizzava il ruolo dell'autonomia contrattuale come principio fondamentale del diritto dei contratti, configurandone i limiti come il risultato di norme eccezionali.

In questo senso si può considerare emblematico il dibattito che ha avuto ad oggetto l'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192. Come è noto, la legge riguarda la subfornitura, e l'art. 9 vieta l'abuso dello stato di dipendenza economica nel quale un'impresa si trova nei confronti di un'altra. La possibilità di estendere il campo di applicazione dell'art. 9 al di là dei confini dei contratti di subfornitura è stata oggetto di un intenso dibattito nella giurisprudenza di merito.

In senso contrario alla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 9 oltre i contratti di subfornitura, si è richiamato «il principio di libertà di contrarre, di cui agli artt. 41 Cost., 1322, 1326 c.c., il quale è derogato solo da norme espresse che, in quanto facenti eccezione a detto principio, sono di stretta interpretazione», ritenendo il potere conferito al giudice dall'art. 9 «senz'altro eccezionale, perché l'intero sistema dei contratti è ispirato al principio della libertà di contrattare»¹. E, nello stesso senso, si è affermato che poiché «il microsistema normativo delineato dalla legge n. 192/1998 implica una serie di limitazioni al potere contrattuale dell'impresa committente al fine di garantire un adeguato livello di tutela giuridica al subfornitore», «l'estensione delle sue disposizioni a rapporti negoziali e settori differenti da quelli esplicitamente ivi indicati, come quello della distribuzione, provocherebbe un implicito soffocamento del principio generale di cui all'art. 1322 c.c., che, proprio per la sua natura generale, costituisce una regola fondamentale dell'ordinamento giuridico civilistico, le cui eccezioni necessitano di un'espressa previsione di legge, e non possono essere ricavate da un'opera di interpretazione analogica da parte dei giudici»².

Un altrettanto consistente filone della giurisprudenza di merito ha però ritenuto che «l'art. 9 l. n. 192/98 abbia portata generale, ossia non limitata ai soli contratti "di subfornitura" (...) in quanto espressione del principio di buona fede e correttezza contrattuale»³. Sulla scia delle posizioni assunte da una parte della dottrina, l'abuso di dipendenza economica è stato esplicitamente ricondotto all'abuso del diritto, e ricostruito come «clausola generale di abuso di potere contrattuale delle regolazioni negoziali tra imprese»⁴, di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale. Tale ultima posizione è poi stata accolta dalla Corte di cassazione, la quale ha ritenu-

¹ Trib. Bari 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208.

² Trib. Roma 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 255.

³ Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 271.

⁴ Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262. La formula è ripresa da R. PARDOLESI-R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712 ss. L'abuso di dipendenza economica è ricostruito come «abuso di diritti nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente verso l'altro» anche in M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 88.

to che l'abuso di dipendenza economica configuri «una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura»⁵.

Emergono così i temi di un più generale dibattito, che saranno esaminati nelle prossime pagine. Da un lato, se la capacità di espansione dei nuovi limiti posti all'autonomia contrattuale al di fuori dei «microsistemi normativi» nel cui ambito sono stati elaborati sembra ormai largamente condivisa, gli interpreti si dividono sulle strategie ricostruttive volte a governare questa espansione. Dall'altro, il crescente ricorso alle clausole generali solleva il problema del rapporto tra regole puntuali e principi, ed insieme del ruolo da riconoscere ai giudici nel controllo dell'autonomia contrattuale.

Il prossimo paragrafo sarà dedicato appunto a delineare due approcci fondamentalmente diversi nell'affrontare il tema dei limiti all'autonomia contrattuale. Da un lato, c'è chi esalta il ruolo delle clausole generali, ed attraverso di esse dell'applicazione diretta dei principi da parte del giudice, in relazione alle circostanze del singolo fatto concreto; dall'altro, c'è chi sottolinea la necessità di sorvegliare l'estensione interpretativa delle singole previsioni concrete attraverso una analisi attenta delle loro *rationes* ed eventualmente attraverso la costruzione di nuove categorie concettuali.

Il paragrafo successivo si concentrerà invece su un altro fronte di divisione, tutto interno all'approccio che potremmo chiamare analitico all'estensione delle regole che pongono dei limiti all'autonomia contrattuale. Infatti la dottrina si è divisa tra chi enfatizza una *ratio* comune nelle norme dedicate al c.d. contratto asimmetrico, che vede una parte (sia essa consumatore o professionista) in posizione di debolezza rispetto all'altra; e chi invece sottolinea la sostanziale discontinuità, nei presupposti e negli strumenti di tutela, delle regole destinate a tutelare il professionista debole rispetto a quelle che tutelano il consumatore (così delineando una figura di «terzo contratto» diverso sia da quello del codice civile che da quello del codice del consumo).

I due dibattiti, così sommariamente ricostruiti nel secondo e nel terzo paragrafo, saranno poi oggetto di alcune riflessioni critiche nel penultimo paragrafo, mentre l'ultimo paragrafo sarà dedicato a qualche spunto ricostruttivo in tema di divieto di abuso di dipendenza economica.

2. La crisi della fattispecie e il dibattito sulle clausole generali

Il nostro tema ha costituito uno dei principali punti di emersione, nella letteratura civilistica italiana, di un dibattito metodologico che ha potenzialmente

⁵ Cass. s.u., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805.

una rilevanza più ampia, e che chiama in causa anche diverse concezioni del ruolo della giurisprudenza.

I due orientamenti che si contrappongono condividono tuttavia, sul piano della descrizione del reale, la constatazione di un fenomeno, che è stato a suo tempo efficacemente indicato come quello della «perdita della fattispecie», caratterizzato dal proliferare di norme imperative «caratterizzate da una intenzionale indeterminatezza quanto all'ambito di applicazione»⁶.

Se questo è il comune sfondo descrittivo dei due orientamenti, completamente diversa è la valutazione che si dà del fenomeno.

Da un lato, vi è chi rifiuta qualsiasi «nostalgia» della fattispecie, sostenendo invece la necessità di adottare una prospettiva metodologica e un approccio ermeneutico che «anziché far leva sulle nozioni di fattispecie e di 'tipo', valorizzino il profilo della centralità dei principi e della loro attuazione mediante il ricorso ad una interpretazione assiologica e sistematica dell'ordinamento in relazione al caso concreto»⁷. Oggi si imporrebbe, dunque, «un ridimensionamento della teoria generale della fattispecie mediante la valorizzazione del ruolo dei principi normativi vigenti»⁸.

Da un lato, ciò conduce a classificare come «sterili esercitazioni concettualistiche» i tentativi di individuare particolari categorie di contratti che possano guidare l'interprete nell'applicazione e nell'estensione delle soluzioni normative. «Abbandonata ogni prospettiva generalizzante, occorre individuare la soluzione più adeguata, interpretando e, al contempo, qualificando quel contratto e quella contrattazione nel sistema complessivamente considerato e nel contesto dei valori che lo caratterizzano»⁹.

Dall'altra parte, ciò implica ovviamente la necessità di incrementare, «senza timore, le prerogative dei giudici», «trasfondendo loro la cultura adeguata per poter realizzare, nella quotidianità dei processi, interventi integrativi, correttivi, sostitutivi»¹⁰.

Piuttosto che auspicare un recupero della fattispecie, si tratta di prendere atto che «solo ricorrendo ai principi si possono trovare le risposte efficienti in una società evoluta e complessa». Ciò deve condurre ad accettare la «centralità del giudice»: «centrale è la consapevolezza che le norme costituzionali sono direttamente applicabili anche se prive di una fattispecie ed emerge con chiarezza

⁶ G. DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, già in *I cinquant'anni del Codice Civile*, Milano, 1993, e ora in ID., *Il contratto. Dal contratto alieno al contratto atipici*, Padova, 2011, 338.

⁷ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 323-324.

⁸ *Ibidem*, 335.

⁹ *Ibidem*, 330-331.

¹⁰ *Ibidem*, 336.

che il potere del giudice non è un'anomalia se fonda la sua decisione su un principio, ma riflette anzi la profonda trasformazione della forma democratica dovuta all'affermarsi dei valori costituzionali»¹¹. In questo quadro, la «centralità della *iurisdictio*» e il rinnovato ruolo della figura generale dell'abuso del diritto non sono «affatto un'anomalia, ma un sintomo di una trasformazione culturale di cui occorre acquisire piena consapevolezza»¹².

Nel quadro di un simile orientamento, i nuovi, singoli interventi normativi, invece di essere analizzati nel tentativo di precisarne l'ambito di applicazione, finiscono con l'essere letti come espressioni delle clausole generali già presenti nel sistema, come tali suscettibili di una generalizzata applicazione. Così, con riguardo al divieto di abuso di dipendenza economica, si è scritto che se si concorda nel considerarlo «espressione della clausola generale di buona fede che traduce operativamente il dovere di solidarietà di matrice costituzionale, si deve necessariamente concludere per la sua applicazione generalizzata a tutti i contratti, risultando altrimenti tradito il principio di eguaglianza»¹³. Si è così sostenuto che il divieto di abuso di dipendenza economica dovrebbe essere inteso, in senso ampio, come «divieto di approfittare della condizione di debolezza in cui versa, per qualunque ragione, l'altro contraente per conseguire vantaggi del tutto esorbitanti rispetto alla natura del contratto»¹⁴ (fra l'altro, così travolgendo «il rimedio per la sproporzione *ultra dimidium* delle prestazioni contrattuali»¹⁵).

Sul fronte opposto, vi è chi ha denunciato i rischi di una «fuga nei principi generali», come esito di un «sempre più evidente smarrimento della capacità di analizzare e distinguere, e con ciò di 'differenziare' le singole specifiche previsioni (...) e le *rationes* che ne stanno alla base»; affermando l'esigenza ineludibile di un «recupero della fattispecie» da parte dell'interprete, come condizione indispensabile «per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della *ragionevolezza* e della possibilità di *comunicazione intersoggettiva*»¹⁶.

Ciò può chiamare l'interprete al compito di costruire «categorie concettuali nuove, coerenti non solo con il dato positivo, ma anche con la realtà concreta che quel dato è volto a disciplinare»; e ciò nel tentativo di «restituire non certo

¹¹ G. VETTORI, *I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, Bologna, 2013, 107.

¹² *Ibidem*, 109.

¹³ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 678.

¹⁴ *Ibidem*, 680.

¹⁵ *Ibidem*, 684.

¹⁶ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, 82.

l'architettura chiusa, ma quanto meno la razionalità, propria di un sistema (...), a una realtà normativa di frammentata complessità»¹⁷. E, per altro verso, può chiamarlo a un recupero della tecnica dell'analogia, che, senza fughe nei principi generali, richiede di «ricostruire con precisione la specifica *ratio* della regola di cui si afferma la capacità espansiva e la idoneità a porsi come norma anche nel caso non previsto»¹⁸.

Sullo sfondo sta la consapevolezza che se «le previsioni del legislatore sono annegate nel generale e indistinto criterio di proporzionalità, giustizia, buona fede, abuso», in pratica si «rimette la decisione al libero apprezzamento del giudice»¹⁹. La «ribellione quasi ossessiva all'onusto lavoro di una razionale e verificabile costruzione» finisce per condurre nelle braccia «di un'evocata arcana impenetrabile sapienza quotidiana, di un male illuminato caso per caso, del feticismo giurisprudenziale che vede in ogni sentenza una rivelazione»²⁰.

Da un lato vi è, dunque, un'impostazione analitica, che ammette l'estensione delle nuove disposizioni normative, ma solo sulla base di una ricostruzione interpretativa che muova da un'attenta analisi delle specifiche *rationes* che ne sono alla base e dalla elaborazione di categorie idealtipiche capaci di cogliere continuità significative nel reale. Dall'altro, vi è un'impostazione che predilige il richiamo diretto ai principi generali e valorizza la giustizia del caso concreto.

Questa seconda impostazione è inequivocabilmente sottesa a due recenti e note ordinanze della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria. Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c., nella parte in cui non dispone, a differenza dell'art. 1384 c.c. in materia di clausola penale, una possibilità di riduzione da parte del giudice, la Corte ha ritenuto irrilevante la questione «in ragione della rilevanza, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 cod. civ. della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*».

Si noti che la Corte avrebbe potuto: attribuire esplicitamente al giudice un potere di riduzione, attraverso una sentenza additiva; dichiarare, con una sentenza interpretativa di rigetto, applicabile analogicamente la regola prevista per la clausola penale. Ma ha preferito non intervenire sul disposto legislativo né misurarsi con la specifica *ratio* dell'art. 1384 c.c., bensì affermare un generale potere del giudice di rilevare la nullità del contratto «a fronte di una clausola

¹⁷ ID, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, cit., 30.

¹⁸ ID., *La formazione del contratto*, cit., 82.

¹⁹ A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, cit., 235.

²⁰ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, cit., 171.

negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte».

Questo stesso orientamento è del resto sostenuto, almeno a parole, anche dalla giurisprudenza di legittimità. Nella famosa sentenza Renault²¹, ad esempio, sia pur nel contesto di un'argomentazione che non distingue chiaramente tra interpretazione secondo buona fede, esecuzione secondo buona fede e vera propria riscrittura del regolamento contrattuale, la Corte di cassazione è giunta ad affermare espressamente che il criterio della buona fede costituisce, «uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi».

3. La partizione dei contratti asimmetrici

Nell'ambito di quello che potremmo chiamare un approccio analitico, ha richiamato una certa attenzione la contrapposizione tra due diverse impostazioni.

L'una muove dall'idea che al diritto del consumatore e agli interventi normativi a tutela di professionisti che si trovano in posizione di debolezza rispetto alla controparte «sia sottesa una *ratio* in larga misura comune, da identificarsi nell'esistenza di significative asimmetrie di mercato che collocano una parte in posizione di debolezza rispetto all'altra». Si tratterebbe allora di riconoscere l'esistenza di «un diritto contrattuale dei fallimenti del mercato, come corpo normativo apprezzabilmente unitario costruibile (...) intorno alla categoria del contratto asimmetrico»²². Il riconoscimento della sostanziale omogeneità delle *rationes* sottese agli interventi orientati a proteggere la parte contrattuale debole apre a sua volta ampi spazi all'estensione analogica da un ambito ad un altro.

Si deve registrare che all'interno dell'ampio campo dei contratti asimmetrici questa impostazione dedica una particolare attenzione a quegli interventi normativi che segnalano uno sviluppo «dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente»²³. Discipline come quelle dei contratti bancari, dei contratti di assicurazione, dei contratti del mercato finanziario, dei contratti per la fornitura di servizi della società dell'informazione ecc. dimostrerebbero la tendenza

²¹ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

²² V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2014, 33.

²³ Cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in ID., *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, 131 ss.

ad estendere la protezione dal consumatore al cliente, e così anche a superare, in presenza di una posizione di strutturale debolezza, la distinzione tra professionista e consumatore. Di fronte al professionista qualificato dall'operare sul mercato come fornitore di beni e di servizi, il cliente che acquista beni o servizi, sia esso un consumatore e un professionista, si trova infatti comunque in una posizione di debolezza, che deriva dall'essere «outsider rispetto alla prestazione caratteristica, e come tale non in grado di dominarla organizzativamente o tecnicamente»²⁴.

In questo modo si vengono dunque ad individuare tre «regioni» in cui si articola il «diritto dei fallimenti del mercato»: quella dei contratti tra consumatore e professionista, quella dei contratti tra professionista debole e professionista forte (in cui, peraltro, la posizione di debolezza può derivare da una pluralità di fattori eterogenei), quella dei contratti tra fornitori e clienti²⁵.

La ricostruzione alternativa muove dal sospetto che la formula della «asimmetria di potere contrattuale» «finisca per rivelarsi meramente descrittiva»: ciò nel senso che l'idea di una «generica disuguaglianza» tra le parti «cela in realtà, nei due ambiti di riferimento (la contrattazione del consumatore e quella tra imprese), sostanza, presupposti e indici di riconoscimento del tutto diversi»²⁶.

Le nuove norme in tema di subfornitura, ritardi di pagamento, affiliazione commerciale profilano un'immagine «che coniuga al ruolo necessariamente imprenditoriale dei contraenti, lo svolgersi della contrattazione in contesti di (almeno potenziale) dipendenza economica di una delle parti»²⁷. Emerge così un nuovo paradigma, di contratto tra professionista forte e professionista debole (l'imprenditore economicamente dipendente), il cui accostamento al contratto tra professionista e consumatore nell'ambito di una generale categoria di contratto asimmetrico rischierebbe di annacquare le specificità. Meglio sarebbe allora lavorare, almeno problematicamente, sulla figura di un «terzo contratto», irriducibile al contratto negoziato tra soggetti su piano di parità ma anche al contratto dei consumatori, distante dal primo ma anche profondamente diverso dal secondo: e ciò sia perché diversa è la reale sostanza dello squilibrio (l'inferiorità cognitiva del consumatore in un caso, la dipendenza economica del professionista debole nell'altro), sia perché profondamente diverse sono le strategie di intervento delineate dal legislatore, da cui pure si deve partire. Pur con la cautela che accompagna quella che è, di solito, indicata come una semplice ipotesi di lavoro, è all'interno di quest'area più ristretta che si potrebbe lavorare

²⁴ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore*, cit., 31.

²⁵ *Ibidem*, 28 ss.

²⁶ AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., 16.

²⁷ *Ibidem*, 14.

per evidenziare i tratti comuni delle diverse disposizioni e valutare la possibilità di una circolazione di soluzioni normative.

Quanto alla giurisprudenza, al netto del riconoscimento del criterio della buona fede e del divieto di abuso del diritto come strumenti generali di controllo dell'autonomia dei privati, non sembra che, per ora, si assista a un significativo fenomeno di *cross-fertilization* tra i campi della tutela del consumatore e della disciplina delle relazioni asimmetriche tra imprenditori.

Come è noto, la giurisprudenza italiana (sulla scia di quella della Corte Europea di Giustizia) adotta una nozione assai ristretta di consumatore. È consumatore solo la persona fisica che concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio delle attività imprenditoriali o professionali eventualmente svolte, e dunque perché ricorra la figura del professionista «non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente (...) che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale»²⁸. D'altra parte la Corte costituzionale ha sostenuto la non irragionevolezza della scelta di accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale, «allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità»²⁹.

Dunque un allargamento in via diretta dell'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore sembra completamente escluso dagli orientamenti della giurisprudenza; né constano particolari tentativi di estensione in via analogica ai contratti tra professionisti di singole regole dettate per i contratti dei consumatori³⁰. Incidentalmente, si può notare che è stato invece il legisla-

²⁸ Cass. 8 giugno 2007, n. 13377.

²⁹ Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469.

³⁰ Del resto, la strada di un'applicazione analogica delle regole dettate a tutela del consumatore ai contratti tra fornitore e cliente non consumatore è tanto attraente quanto metodologicamente problematica. È evidente, infatti, che l'esclusione di questi contratti dal campo di applicazione diretta del diritto dei consumatori discende in larga parte dalla nozione restrittiva di consumatore, di cui si è detto. Non è mancato in Italia il tentativo (che ha avuto maggiore fortuna in qualche altro paese: per la Francia, si veda, ad esempio Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1987, n. 85-13.674, *Bull. civ.*, I, n. 134, e poi, con più prudenza, Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, n. 92-18.227, *Bull. civ.*, I, n. 54) di estendere l'applicazione del diritto dei consumatori a tutti quei casi in cui la conclusione del contratto non è «atto della professione di chi acquista il bene o il servizio, come lo è per la sua controparte» (così Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645). Ed in realtà, con buona pace del compatto orientamento giurisprudenziale in senso contrario, continua a

tore a realizzare una significativa apertura all'applicazione del diritto dei consumatori a rapporti tra professionisti, estendendo la tutela contro le pratiche commerciali scorrette alle "microimprese", come definite dall'art. 18, lett. *d-bis*, c. cons. Questa novità è sembrata ad alcuni «scritta nella lingua» del contratto asimmetrico, «assimilando le posizioni di consumatori e professionisti deboli»³¹. Eppure, è difficile non rilevare che interventi di questo tipo da parte del legislatore portano un messaggio ambivalente, potendo essere letti come segnali di una tendenza evolutiva ma anche (secondo i più tradizionali canoni d'interpretazione) come conferme che, al di là degli angusti limiti segnati dalla legge, un'estensione del campo applicativo delle regole dettate a tutela dei consumatori non è possibile.

D'altra parte, la giurisprudenza che ha riconosciuto il divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. 192/1998 come norma di applicazione generale, non limitata ai rapporti di subfornitura, si è pur sempre mossa nell'ambito di contratti scaturenti da rapporti di integrazione verticale tra imprese, come tali chiaramente riconducibili alla figura del "terzo contratto". Dunque non solo essa non è mai stata applicata a contratti tra professionista e consumatore, ma neppure a contratti caratterizzati da altri profili di asimmetria tra due professionisti³².

sembrare ragionevole l'osservazione che «non si vede come possa essere differente la posizione del rappresentante di commercio che acquista un'automobile per il suo lavoro e quella di altra persona (se non lui stesso) che l'acquista per la sua famiglia» (Trib. Roma 20 ottobre 1999, cit.). Se si condivide questo punto di vista, parrebbe quasi automatico ravvisare, nei contratti tra fornitore e cliente non consumatore, da un lato una lacuna di tutela, dall'altro una sufficiente somiglianza con i contratti del consumatore da giustificare un'applicazione analogica. Tuttavia, sembrerebbe più coerente affrontare la questione a partire dalla nozione di consumatore. Infatti: o non si vede un fondamento razionale della differenza di trattamento tra consumatore e professionista che conclude occasionalmente un contratto che non è atto proprio della sua professione, ed allora è più lineare proporre un ampliamento della nozione di consumatore; oppure si individuano elementi di differenza capaci di giustificare razionalmente la differenza di trattamento, ed allora è a partire da questa analisi che si potrà semmai valutare l'estensione analogica di singole regole di tutela del consumatore, per le quali questi particolari elementi non appaiono decisivi.

³¹ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore*, cit., 35.

³² In modo esplicito, Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2326, secondo cui il legislatore «non ha inteso prendere in considerazione tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese ma solo quelle che, come la subfornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo ad una integrazione 'verticale' delle rispettive attività; sicché estrapolarla da quel contesto normativo per farla assurgere a norma di generale applicazione a rapporti contrattuali caratterizzati da squilibrio tra posizioni contrattuali costituisce opera interpretativa non condivisibile», ricavandone che i contratti bancari rimangono estranei all'ambito di applicazione dell'art. 9.

4. Le clausole generali e il ruolo dell'interprete

La presenza di norme (esplicitate o ricavabili dal sistema) che prevedono un'ampia discrezionalità del giudice nel controllo dell'autonomia privata non è certamente una peculiarità del sistema giuridico italiano, e non può, di per sé, spaventare nessuno. Ciò che va approfondito è quale atteggiamento debbano tenere gli interpreti di fronte a tali norme, non solo per ridurre i rischi di arbitrio, ma anche per evitare che esse siano destinate a restare largamente sulla carta.

Luigi Mengoni ha scritto che la «precisazione teoretica» delle clausole generali «non può esaurirsi nell'analisi delle rispettive funzioni e dei valori al cui servizio si pongono, ma deve includere anche la costruzione degli strumenti concettuali di fondazione sistematica delle decisioni che le concretizzano». Si devono dunque elaborare «strutture dogmatiche» che «non esauriscono il contenuto delle clausole generali, costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni, ma consolidano, integrandole nel sistema con la tecnica della fattispecie, una serie di ipotesi applicative già verificate dall'esperienza».

Queste strutture dogmatiche servono da un lato a garantire il «controllo di intersoggettività della decisione»; dall'altra, a facilitare «il compito del giudice in ordine ai casi futuri sussumibili sotto le medesime ipotesi apprestandogli un modello di decisione che lo esoneri dalla responsabilità di ripetere ogni volta le valutazioni e i bilanciamenti degli interessi in gioco»³³.

Il sospetto è che almeno una parte della dottrina preferisca appunto dedicarsi all'analisi dei valori al cui servizio le clausole generali si pongono (o piuttosto, alla loro apologia), piuttosto che tentare di tradurle in strutture dogmatiche capaci di concretizzarle, o quanto meno di tracciarne con sufficiente precisione una serie di ipotesi applicative. Il ruolo della dottrina, rispetto alle clausole generali, è proprio quello di ricostruire, a partire da esse, fattispecie e modelli di decisione che ne guidino l'applicazione, senza pretesa di esaurirne il contenuto.

Del resto, nella nostra materia la rinuncia a dettare contorni concreti (almeno esemplificativi) per le regole applicabili significa anche rinuncia ad interagire con la prassi contrattuale, per orientarla.

Da questo punto di vista, la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori si può considerare un modello, se non esemplare, almeno accettabile. Vi è una clausola generale che si declina in un elenco non tassativo d'ipotesi applicative, e si torna peraltro ad una valutazione discrezionale del giudice nell'ammettere la possibilità che, valutato l'insieme del contratto, le clausole non siano da ritenere vessatorie. Si realizza così un buon compromesso tra l'esigenza di dare indicazioni concrete agli operatori e quella di lasciare ampio spazio alla valutazione del singolo caso concreto. Se l'art. 33 c. cons. si fosse

³³ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 18-19.

fermato al primo comma, senza la c.d. lista grigia, la sua capacità concreta di influenzare la prassi contrattuale sarebbe stata di gran lunga inferiore. Dove non provveda il legislatore, spetta agli interpreti uno sforzo di articolazione delle ipotesi applicative della clausola generale, che non può che passare attraverso la ricostruzione di (alcune delle) fattispecie a cui essa può utilmente applicarsi.

Il compito degli interpreti, dunque, è da un lato quello della declinazione delle (vecchie e nuove) clausole generali in strutture dogmatiche che, senza pretese di esaustività, ne consolidino le principali ipotesi applicative; dall'altro, quello di valutare la possibilità di estensione analogica delle singole regole limitative dell'autonomia contrattuale, in un contesto culturale che ha definitivamente superato l'idea della loro eccezionalità, sulla base però di una sorvegliata operazione di analisi della loro *ratio* e verifica degli effettivi elementi di similitudine tra caso previsto e caso non previsto.

Non è detto che le due operazioni non abbiano importanti punti di contatto.

Di recente, si sono richiamati gli interpreti a «cercare di prestare attenzione alle risposte che il legislatore, in taluni ambiti, ha offerto proprio a quelle esigenze di "equità" o "efficienza" che avallano l'uso delle clausole generali»³⁴. Una simile attenzione alle soluzioni legislative esistenti può, da un lato, condurre a prospettare applicazioni analogiche; dall'altro, laddove una vera e propria applicazione per analogia non è possibile, fornire utili spunti per delineare ipotesi applicative delle clausole generali esistenti nell'ordinamento.

Per quanto riguarda le strategie interpretative da utilizzare in tale compito, si può tuttavia dubitare che, in prima battuta, esse debbano passare attraverso l'edificazione di macrocategorie di contratti. Sembra più interessante, infatti, un approccio che muova dalle singole soluzioni, per misurarne l'ambito di utile applicazione, piuttosto che muovere dalla individuazione di macrocategorie di cui è allo stato fortemente dubbio che portino con sé un organico e autonomo statuto normativo. Infatti, è ben possibile che per regole diverse la sfera di utile estensione sia diversa.

D'altra parte, la riflessione dovrebbe muoversi innanzitutto a livello di singole regole, senza dare per scontato che gli stessi microsistemi normativi posti in essere dal legislatore siano realtà compatte ed omogenee. Essi possono invece ben contenere disposizioni che hanno *rationes* (e dunque potenziali ambiti di espansione) diverse.

Per fare un esempio estremo, che non sarà oggetto di specifica analisi in questo saggio: perfino la concessione di un diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali non hanno *rationes* interamente sovrapponibili (giocando, nel primo caso, meno l'effetto sorpresa e più l'impossibilità di esaminare anticipatamente il bene).

³⁴ G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, *Introduzione*, in ID., *I contratti per l'impresa*, cit., 18.

Allo stesso modo, se si guarda, ad esempio, alla l. 6 maggio 2004, n. 129 sull'affiliazione commerciale, è facile notare che alcune disposizioni si spiegano alla luce dell'almeno probabile situazione di dipendenza economica che può crearsi tra affiliante e affiliato (la durata minima «sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni» di cui all'art. 3), altre alla luce della naturale asimmetria informativa e dal normale dislivello di competenza tra le parti (l'obbligo di consegnare, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto, copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato da un complesso di documenti informativi, di cui all'art. 4). Queste differenti *rationes* possono portare anche a diversi ambiti di espansione (ad esempio la situazione di asimmetria informativa caratterizza l'affiliazione commerciale ma non necessariamente altri rapporti riconducibili al paradigma del terzo contratto).

Nelle prossime pagine proveremo a fornire qualche esempio di ragionamento condotto a partire da singole soluzioni legislative, per indagarne l'utilità al fine di riempire di contenuto la clausola generale dell'abuso di dipendenza economica.

5. Spunti minimi sul divieto di abuso di dipendenza economica

Fin dagli albori del dibattito sul terzo contratto si è osservato che «il perno intorno al quale ruota il terzo contratto, la *new emperor's clause*, è rappresentata dall'abuso di dipendenza economica»³⁵.

Ora, non si può negare che la nozione di dipendenza economica abbia contorni vaghi; è altrettanto vero, però, che il compito degli interpreti è proprio quello di delineare le principali fattispecie in cui essa può concretarsi. Si potrà così individuare una c.d. dipendenza da rapporti commerciali, nei casi in cui «un'impresa più piccola abbia adattato per lungo tempo la propria attività a quella di un'impresa più grande», operando come impresa «monocliente» (o quasi), così che «la possibilità di riconversione produttiva», pur non potendo negarsi in assoluto, «certamente richiede un processo relativamente lungo e non facile»; ed accanto ad essa un c.d. dipendenza da assortimento, legata alla «necessità di certe imprese di distribuzione di disporre di alcuni marchi celebri nel proprio assortimento, per non perdere reputazione commerciale presso la clientela»³⁶. Ciò non precluderà di individuare nuove ipotesi applicative; ma resta ferma l'esigenza di tener conto di tutti gli interessi potenzialmente in conflitto,

³⁵ R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XIV.

³⁶ In questi termini, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1 ss.

che non può far debordare la nozione di dipendenza economica fino a coprire qualunque situazione in cui una impresa sia un cliente importante di un'altra; e comunque di non sfumare i confini della nozione di dipendenza economica fino a farla coincidere con qualsiasi situazione di debolezza, magari da ritenere dimostrata *in re ipsa* dal fatto stesso di accettare condizioni svantaggiose.

Se così è, è chiaro che anche le disposizioni più spesso invocate a comporre l'ideale statuto normativo del terzo contratto non sempre presuppongono una situazione di dipendenza economica.

Ad esempio, le norme del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, e in particolare quelle dell'art. 7, relative alla nullità delle clausole gravemente inique, si applicano a tutte le transazioni commerciali così come definite dalla legge. Dunque non è affatto richiesto che vi sia un rapporto di dipendenza economica³⁷. D'altra parte, si deve notare che in questo caso non si pone neppure un problema di estensione analogica della disciplina, che ha già un ampio ambito di applicazione diretta.

Diverso ragionamento vale per le disposizioni sull'affiliazione commerciale, contenute nella l. 129/2004. Indubbiamente, le previsioni della legge si applicano ai contratti di affiliazione commerciale, così come definiti dal suo art. 1, senza bisogno che sia provata l'esistenza di un rapporto di dipendenza economica. D'altra parte, il contratto di *franchising* è per così dire un candidato naturale a realizzare situazioni di dipendenza economica (richiedendo investimenti da parte del *franchisee*, in termini economici e di conoscenza, specifici e non suscettibili di rapida riconversione a modalità di sfruttamento alternative). Proprio in questa luce, si possono individuare all'interno della legge alcune disposizioni che certamente si spiegano alla luce della normale situazione di dipendenza economica tra affiliato e affiliante, e che dunque possono fornire qualche indicazione utile rispetto al divieto di cui all'art. 9 l. 192/1998.

³⁷ L'autonomia degli ambiti di applicazione della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e del divieto di abuso di dipendenza economica è stata indirettamente confermata dal legislatore, che ha aggiunto all'art. 9 l. n. 192/1998, un comma 3-bis, secondo il quale «in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». L'interpretazione più ragionevole della norma sembra quella che il legislatore abbia semplicemente equiparato all'abuso di dipendenza economica una fattispecie diversa, che dall'esistenza di una situazione di dipendenza economica prescinde. Un'interpretazione alternativa (certamente compatibile con la lettera della legge) è che in questi casi lo stato di dipendenza economica si presuma, salva la possibilità di una prova contraria (ma la prova contraria sembra in ogni caso alquanto problematica). In ogni caso, lo stesso legislatore sembra muovere implicitamente dalla consapevolezza che l'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 (e dunque la sua possibile violazione, che non sempre sarà «diffusa e reiterata») non presuppone l'esistenza di rapporti di dipendenza economica.

Svolta qualche riflessione intorno alla nozione di dipendenza economica, si tratta ora di esemplificare cosa ne può costituire abuso.

La legge fornisce qualche indicazione: il rifiuto di vendere o comprare, la imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, la interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Dall'esame della giurisprudenza, emerge in modo chiaro che l'interruzione delle relazioni commerciali è l'ipotesi di applicazione più frequente. Da questo punto di vista, indicazioni importanti si possono trarre, da un lato, dalla l. 129/2004; dall'altro, dall'art. 1750 c.c., in tema di agenzia.

Secondo l'art. 3 della l. 129/2004, il contratto a tempo determinato deve «garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni». Da tale disposizione si è giustamente ricavato anche il divieto di recesso dai contratti di affiliazione commerciale a tempo indeterminato, per la stessa durata minima³⁸.

Tale disposizione fornisce un'indicazione utile (almeno nella parte che indica il principio generale, giacché il termine puntuale di tre anni non necessariamente sarà adatto a rapporti di natura diversa). Infatti, laddove vi siano stati investimenti, specializzati e difficilmente recuperabili in usi alternativi, da parte dell'impresa dipendente (come di norma avviene nel *franchising*), non basta imporre un adeguato preavviso, ma è necessario, invece, proteggere l'aspettativa dell'impresa dipendente al recupero dell'investimento (considerando abusivo il recesso ed eventualmente nulla una predeterminazione di durata eccessivamente breve). In assenza di investimenti specializzati, invece, l'impresa dipendente dovrà essere ugualmente tutelata, ma soltanto attraverso l'imposizione di un congruo termine di preavviso, rispetto al quale si potrebbero trarre indicazioni di massima dall'art. 1750 c.c.³⁹.

Con riguardo, invece, al divieto di imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, qualche indicazione utile può effettivamente ricavarsi dal codice del consumo. Tuttavia, l'idea che possa al riguardo utilizzarsi l'elenco di cui all'art. 33 c. cons.⁴⁰ desta qualche perplessità.

Innanzitutto, si tratta di chiarire se si vuol sostenere che le clausole di cui all'art. 33 c. cons. si presumono ingiustificatamente gravose se contenute in condizioni generali di contratto predisposte dall'imprenditore dominante, salvo prova della specifica trattativa; oppure che la stessa trattativa individuale, essen-

³⁸ Cfr., ad esempio, M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1166.

³⁹ Nello stesso senso, ad esempio, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_(Diritto_on_line)/).

⁴⁰ Cfr., ad es., FABBIO, *op. ult. cit.*, *passim*.

do viziata dalla condizione di dipendenza economica, non è in questo caso rilevante.

La seconda lettura sembra tuttavia alterare significativamente l'impianto costruito dagli artt. 33 ss. c. cons., che trova nella rilevanza della trattativa il contrappeso all'ampiezza dell'elenco contenuto nell'art. 33. D'altra parte, nella lista grigia figurano clausole che sarebbe assurdo (le «restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi») o comunque eccessivo (le clausole compromissorie) mettere al bando nell'ambito di contratti tra imprenditori, per quanto caratterizzati da situazioni di dipendenza economica. Certo, si potrebbe considerare applicabile nel suo insieme l'art. 33 ma ritenere che per determinate clausole la vessatorietà è esclusa *in re ipsa* dalla natura del contratto. Ma allora, non è meglio condurre un discorso analitico sulle singole clausole vietate dal legislatore?

Del resto, è stato giustamente sottolineato che, per una sottoclasse delle clausole elencate nella c.d. lista grigia dell'art. 33, è lo stesso legislatore a prevedere una disciplina diversa, includendole nella c.d. lista nera di cui all'art. 36 c. cons., e considerandole nulle «quantunque oggetto di trattativa»⁴¹. La irrilevanza della trattativa rivela sicuramente una diversa *ratio* del divieto rispetto a quello dell'art. 33. Comunque si voglia precisare la *ratio* del generale divieto di clausole vessatorie di cui all'art. 33, la rilevanza delle trattative sembra dimostrare che il legislatore non ha inteso escludere l'autonomia delle parti, ma piuttosto esprimere l'esigenza che questa autonomia si esprima in maniera particolarmente consapevole ed effettiva. Le clausole della lista nera sono evidentemente viste come connotate da un più grave profilo di disvalore. Dal momento che «la nullità non discende dal difetto di negoziazione ma dal contenuto indisponibile della clausola», si è ipotizzata una estensibilità analogica del divieto, o, se si vuole, di configurare sulla base di esso anche «uno statuto minimo dei diritti indisponibili dell'imprenditore "debole"»⁴².

In particolare, le lett. b) e c) del comma 2 dell'art. 36 pongono limiti più rigorosi di quelli già discendenti, in generale, dall'art. 1229 c.c. e dal requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto. Sembra plausibile ritenere che l'imposizione di simili clausole nell'ambito di un rapporto contrassegnato da una situazione di dipendenza economica costituisca, di norma, un abuso, con conseguente nullità (salvo verificare, come del resto avviene anche nel caso del contratto tra professionista e consumatore, se esse si giustifichino nell'ambito complessivo del regolamento contrattuale). Incidentalmente, si può avanzare l'ipotesi che il divieto delle clausole della lista nera sia applicabile analogamen-

⁴¹ ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 151 ss.

⁴² *Ibidem*, 153.

te anche a contratti tra professionisti caratterizzati da altri fattori di squilibrio, diversi dalla dipendenza economica.

Figurano invece nella lista grigia (lett. m) le clausole che attribuiscono al professionista il potere di modificare unilateralmente le clausole del contratto, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso. Tuttavia esistono altri indici del sospetto del legislatore verso clausole che attribuiscono un potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, sia pure attraverso discipline in parte diverse (ad esempio, l'art. 118 TUB, e l'art. 6 della stessa l. 192/1998, che pure è considerato direttamente applicabile solo ai contratti di subfornitura). Un'altra clausola la cui imposizione potrebbe essere considerata abusiva è quella attributiva di uno *ius variandi* non opportunamente limitato quanto alle condizioni del suo esercizio (mentre non basterebbe, ovviamente, la semplice previsione di un diritto di recesso a seguito della modificazione, che l'imprenditore dipendente non sarebbe, in molti casi, in grado di esercitare). Sulla base dello stesso ragionamento, si dovrebbero considerare abusive altre clausole che finirebbero col produrre risultati sostanzialmente equivalenti (ad esempio quella che preveda il diritto esclusivo «d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto», di cui alla lett. p) dell'art. 33 c. cons.).